

Le juge administratif français : un juge qui gouverne *

Au moment où les spécialistes des institutions d'outre-Atlantique annoncent « la fin du gouvernement des juges » (1) dans sa patrie d'élection, n'y a-t-il pas quelque paradoxe à rechercher les signes de son apparition dans un pays que les auteurs proclament à l'envi traditionnellement rebelle à tout ce qui va contre le primat de la loi ?

Certes, si l'on s'attache, dans l'action de la Cour Suprême des Etats-Unis, à l'aspect formel, c'est-à-dire au contrôle de constitutionnalité qui lui a donné sa base et son principal instrument, tout parallèle entre la haute juridiction américaine et le Conseil d'Etat français se trouve *a priori* condamné.

Mais le gouvernement des juges ne se résume pas dans la technique par laquelle il a pu s'établir aux Etats-Unis. Si, par delà la forme qu'a prise l'institution on s'attache à son essence, peut-être est-on fondé à dire sans trahir la pensée de ses plus fidèles analystes (2) que ce qui la caractérise, c'est, en opposition avec la formule continentale du règne de la loi, œuvre de la volonté nationale, l'effort du juge pour affirmer l'existence d'un corps de principes, indépendants de toute règle écrite, qui constitue, en quelque sorte, la philosophie politique de la Nation, et dont, se disant le gardien, il s'institue, en fait, le créateur, puisque c'est lui qui, en leur donnant une sanction, les fait passer dans le droit positif.

Or, dans ce rôle de gardien des principes, le Conseil d'Etat peut, sans paradoxe, se comparer à la Cour Suprême des Etats-Unis. Comme elle, il tend, depuis quelques années surtout, à soumettre l'ensemble de la vie publique française à une éthique dont il définit les éléments en dehors de tout texte écrit. Comme elle, d'autre part, encore qu'avec une beaucoup moins grande liberté d'allure, il tend à subordonner la loi elle-même à l'empire de cette éthique. Sans préjuger des résultats de l'étude approfondie que l'on se propose de consacrer à ce phénomène, on voudrait, d'ores et déjà, en dégager

* Dalloz, 1951, *Chronique VI*, p. 21-24.

(1) Roger Pinto, in *Rev. dr. publ.*, 1950, p. 833.

(2) Cf. notamment J. Lambert, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, t. 2, chap. VI.

les aspects essentiels, qui, trop peu analysés jusqu'ici n'en constituent pas moins, peut-être, les éléments les plus originaux du droit administratif français d'aujourd'hui.

— I —

Toute la jurisprudence administrative sous-entend, depuis son origine, une certaine conception de l'homme dans ses relations avec le pouvoir. Il n'en pouvait être autrement ; la technique législative appliquée au domaine de l'administration depuis le début du XIX^e siècle obligeait le juge à chercher, aux litiges qui lui étaient soumis, des principes de solution que ne pouvaient lui donner les textes, essentiellement pratiques, et d'ailleurs fragmentaires, « lois d'organisation et d'action, remarquait déjà Laferrière, qui se préoccupent plus d'assurer la marche des services publics que de prévoir et de résoudre les difficultés juridiques » (3). Par là s'affirme, dès l'abord, la différence entre le problème des « principes généraux » en droit public et en droit privé : M. Jean Boulanger, dans la remarquable étude qu'il vient de consacrer à ce second aspect de la question, relève très justement que c'est dans le Code civil que le juge judiciaire doit chercher, avant tout, les principes (4) ; le juge administratif, lui, ne pouvait les chercher que dans une certaine représentation des rapports entre l'homme et le pouvoir, qu'il trouvait dans son esprit et dans sa conscience, et qui définissait, à ses yeux, et sur ce terrain, le Juste ; cette représentation, d'ailleurs, il ne prétendait nullement la créer ; à vrai dire, et jusqu'à ces toutes dernières années, il ne prenait même pas la peine de l'explicitier, tant elle lui paraissait aller de soi, et répondre au sentiment général. Le recours pour excès de pouvoir avec ses divers développements, — détournement de pouvoir, contrôle de l'exactitude des motifs, — le droit de la responsabilité de la puissance publique, sont nés et se sont développés à partir de quelques grandes notions d'éthique sociale et de philosophie politique, évidentes aux yeux des juges. Laferrière, dans l'Introduction déjà citée (5), note incidemment que la base des solutions jurisprudentielles est, lorsque les textes font défaut, dans « les principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif ».

Vint le régime de Vichy, et, avec lui, un certain nombre de réformes qui s'inscrivaient à l'opposé de ces principes, dictées par le vainqueur ou par la force des circonstances. Elles posaient au juge un problème capital : applications d'une conception renouvelée de l'homme et du pouvoir, ou exceptions provisoires à des principes traditionnels toujours en vigueur, tel était le dilemme.

(3) Laferrière, *Traité de la Jurisdiction administrative*, Introduction, p. XII.

(4) Jean Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, Mélanges Ripert, t. I, p. 51. Cf. notamment p. 57 et 58.

(5) P. XIII.

Ainsi posé, il ne faut pas s'imaginer que la solution implicite ; possible de l'affirmer a même nécessité de développer, susciter certains principes traditionnels, rupture, et départ vers l'enjeu du débat.

Parce qu'il choisit la solution libérale qu'impliquait le procédé technique l'explicité aux « principes » devenus soudain des principes de jurisprudence. De plus sur eux leurs solutions est utilisé, à la lumière du vernement, et aussi a livré quelques arguments, donner, de cette per-

1° Il existe un certain nombre de principes ; les arrêts invoqués souvent, ils se réfèrent à leur ensemble (6).

2° Ces principes ont une « force législative » et sont en sanctionnant leur

3° Le fondement de ces principes ne trouve pas dans les textes (8) ; les principes (9) ; il est curieux de la Constitution de la République de fonder des principes d'incidence très excep-

4° Le juge ne crée

(6) Exemple du principe de la liberté d'association (30 janv. 1948, *Syndicat des Employés de l'Etat*, *Cons. d'Et.*, p. 43). Le principe de la liberté de conscience (26 oct. 1945, *Arar*, 1950, *Queraut* (*Droit social*)).

(7) Conclusions de la Commission de la Constitution (1944, p. 169), qui ont été reprises dans les conclusions de la Commission de la Constitution (1944, p. 21) dans l'affaire *L'Aurore*.

(8) C'est la formule « principes généraux ».

(9) Cf. notamment l'affaire *Odent*.

Ainsi posé, il ne permettait plus au juge de s'en tenir à une affirmation implicite ; pour sauver l'éthique contestée, il était indispensable de l'affirmer avec netteté, et de lui donner ses titres. Et la même nécessité devait s'imposer lorsque la Libération allait, à son tour, susciter certaines attitudes difficilement conciliables avec les principes traditionnels. Continuité de la philosophie politique, ou rupture, et départ vers de nouveaux horizons idéologiques ? Tel était l'enjeu du débat.

Parce qu'il choisissait, d'instinct, la continuité de la conception libérale qu'impliquait toute son œuvre, le juge devait trouver le procédé technique lui permettant de l'assurer : ce fut le recours explicite aux « principes généraux du droit », jusque-là sous-entendus, devenus soudain des pièces essentielles dans les constructions de la jurisprudence. De plus en plus fréquemment, les arrêts allaient fonder sur eux leurs solutions. Si l'on analyse les décisions où ce procédé est utilisé, à la lumière des conclusions des commissaires du Gouvernement, et aussi des *Etudes et Documents* où le Conseil d'Etat a livré quelques aspects essentiels de sa pensée, on est amené à donner, de cette pensée, les formules suivantes :

1° Il existe un corps de principes généraux du droit public français ; les arrêts invoquent parfois nommément l'un ou l'autre ; plus souvent, ils se réfèrent aux « principes généraux du droit », pris dans leur ensemble (6).

2° Ces principes ont valeur de droit positif ; ils ont, au minimum, « force législative » (7) ; et le juge est tenu d'en assurer le respect, en sanctionnant leur violation, comme il le fait pour la loi écrite.

3° Le fondement de l'autorité ainsi reconnue aux principes ne se trouve pas dans les textes ; ils sont « applicables même en l'absence de textes » (8) ; les arrêts et les conclusions sont formels sur ce point (9) ; il est curieux de remarquer, en ce sens, que le Préambule de la Constitution de 1946, qui eût pu fournir aux solutions jurisprudentielles un fondement écrit, ne semble avoir eu sur elles qu'une incidence très exceptionnelle.

4° Le juge ne crée pas les principes ; il en parle comme de règles

(6) Exemple du premier procédé, parmi beaucoup d'autres : Cons. d'Et., 30 janv. 1948, *Syndicat départ. des industriels en laiterie de la Haute-Loire* (Rec. Cons. d'Et., p. 43). Le second procédé est utilisé très fréquemment : Cf. Cons. d'Et. 26 oct. 1945, *Aramu et autres* (D. 1946. 158), et, tout récemment, 30 juin 1950, *Queralt* (*Droit social*, 1950, p. 407).

(7) Conclusions de M. Chenot dans l'affaire *Guiaysse*, du 4 févr. 1944 (*Rev. dr. publ.* 1944, p. 169), qui esquissent une théorie d'ensemble des « principes généraux ». Cf. également ses conclusions dans l'affaire *Constantin*, du 28 juillet 1944 (Rec. Cons. d'Et., p. 219), celles de MM. Odent dans l'affaire *Aramu*, Letourneur dans l'affaire *L'Aurore*, 25 juin 1948 (Rec. Sirey, 1948. 3.69), etc.

(8) C'est la formule, devenue classique, de l'arrêt *Aramu*.

(9) Cf. notamment les conclusions précitées de M. Chenot, et celles de M. Odent dans l'affaire *Aramu*.

qu'ici n'en constituent
généraux du droit admi-

entend, depuis son
ses relations avec
technique législative
le début du XIX^e siè-
li étaient soumis, des
ner les textes, essen-
es, « lois d'organisa-
se préoccupent plus
révoier et de résoudre
dès l'abord, la diffé-
ux » en droit public
a remarquable étude
question, relève très
juge judiciaire doit
administratif, lui, ne
présentation des rap-
vait dans son esprit
ux, et sur ce terrain,
prétendait nullement
nières années, il ne
le lui paraissait aller
cours pour excès de
urnement de pouvoir
de la responsabilité
veloppés à partir de
le philosophie politi-
s l'Introduction déjà
tions jurisprudentiel-
s principes tradition-
rte inhérents à notre

ain nombre de réfor-
ipes, dictées par le
les posaient au juge
ption renouvelée de
res à des principes
emme.

e, Introduction, p. XII.
droit positif, *Mélanges*

objectives, dont il constate l'existence, et qui ne dépendent nullement de sa volonté ; tout se passe comme s'il s'estimait lié par eux, au même titre que par la loi.

Telle semble être la pensée du Conseil d'Etat sur ces points essentiels. Mais, se croyant serviteur des principes, il en est, en fait, le créateur. Plus exactement, c'est son action qui, dans la masse complexe des éléments qui se partagent la conscience nationale, choisit ceux auxquels va s'attacher la sanction que lui seul peut leur donner, et les fait entrer, par là même, dans le droit positif. De plus, la nature, nécessairement abstraite et générale, du principe, impose au juge un effort pour en déterminer le contenu exact ; dépourvus « de la rigidité et de la précision que comportent les prescriptions d'un texte formel » (7), règles « à la fois obligatoires et imprécises » (10), les principes ne peuvent passer dans le droit positif que moyennant l'effort du juge pour « en déterminer les modalités d'application » (7).

Quels sont, au fait, ceux qui ont bénéficié de cette insertion, par l'autorité du juge, dans le droit positif ? Il semble d'ores et déjà qu'on puisse les ramener à quatre groupes principaux.

On y rencontre d'abord les principes traditionnels de la philosophie de 1789, séparation des pouvoirs, égalité des citoyens dans ses diverses applications, libertés individuelles, y compris une certaine marge de liberté économique, respect des consciences qui donne son sens à la laïcité de l'Etat, etc.

Dans un second groupe figurent les principes que le juge administratif découvre dans le droit privé ou la procédure civile, et qu'il dégage des textes pour les transposer à l'administration, parce qu'il les juge inhérents à tout ordre juridique : non-rétroactivité des règles de droit, responsabilité pour faute, autorité de la chose jugée, nécessité d'une procédure contradictoire avant toute sanction, impartialité du juge à l'égard de celui qui compare devant lui, s'inscrivent dans ce cadre.

Dans les deux autres catégories on classerait volontiers, d'une part, un groupe de principes que le Conseil d'Etat déduit de ce que certains de ses commissaires du Gouvernement appellent « la nature des choses » : il y a une logique interne des institutions, il y a, d'autre part, des nécessités inhérentes à la vie en société, abstraction faite de toute préoccupation éthique : par là s'expliquent le principe de la continuité du service public, le principe du pouvoir de réglementation reconnu au chef de service, le principe d'une légalité spéciale pour les « circonstances exceptionnelles », etc.

C'est la catégorie du « nécessaire » ; la dernière serait celle du « juste » à l'état pur, si l'on peut dire ; il est un certain nombre d'exigences éthiques que le Conseil d'Etat, bien qu'elles ne découlent ni des principes de 1789, ni des règles du droit privé, érige en principes généraux : telle est l'affirmation implicite selon laquelle l'Admi-

(10) Concl. précitées de M. Odent.

nistration est liée par la règle de loyauté qui régit « l'Administration ne »

Tout cela — l'essence — si diffuse qu'elle puisse être, se rattache à la tradition variée dans le temps, ; réalisme économique qui, à l'actuelle, la seule volée officielle, dont l'histoire est riche. Particulièrement pour soumettre à la règle, étant donné l'importance de la naissance. Passé le stade certaines des autorités les tentatives de natic juridiques les plus diverses dante jurisprudence s'ajoute à un arrêt récent vient à l'attention des professionnels, comite leur rappelle qu'ils sont les libertés primordiales. entre l'action de la Cour et avait à maintenir, ce n'est pas la fédération facile, ce n'est sans lequel l'unité de l'Etat, l'affirmation et si cet idéal n'a pas été décentralisées, la mer des activités professionnelles et des libertés professionnelles dont l'idéologie Le Conseil d'Etat, comite de la Nation, un rôle

Si donc on admet que des juges réside dans l'Etat et de maintenir une certaine imposant le respect, acceptera peut-être, et le haut tribunal a le chement.

(11) Cons. d'Et. 29 juil. 1954, *des experts-comptables* (1)

nistration est liée par la recherche de l'intérêt général ; telle est la règle de loyauté qui fonde le contrôle de l'exactitude des motifs : « L'Administration ne doit pas mentir. »

Tout cela — l'essentiel du droit administratif — constitue bien, si diffuse qu'elle puisse être, une conception de l'homme et du monde. Cette conception n'est nullement systématique, encore qu'elle se rattache à la tradition libérale de la façon la plus étroite ; elle a varié dans le temps, s'écartant notamment de l'orthodoxie du libéralisme économique qu'elle avait longtemps accepté. Dans sa forme actuelle, la seule volonté du juge en fait une éthique en quelque sorte officielle, dont nul dans l'Etat n'est présumé vouloir s'affranchir. Particulièrement remarquable est, en ce sens, l'effort du juge pour soumettre à la règle les organismes neufs, peu portés à la respecter, étant donné le climat idéologique dans lequel ils ont pris naissance. Passé le régime de Vichy, ce fut encore le cas pour certaines des autorités issues de la Libération, ainsi qu'en témoignent les tentatives de nationalisation effectuées en 1945 par les procédés juridiques les plus divers, et les plus contestables, et surtout l'abondante jurisprudence suscitée par l'épuration. Ce fut, et c'est encore, un arrêt récent vient d'en témoigner (11), le cas pour les organismes professionnels, comités d'organisation ou ordres : le Conseil d'Etat leur rappelle qu'ils sont liés par l'éthique commune et le respect des libertés primordiales. Ce dernier trait accuse encore la similitude entre l'action de la Cour Suprême et celle du Conseil d'Etat ; l'une avait à maintenir, contre les possibles divergences que la forme fédérale facilite, ce minimum d'unité dans la conception du monde sans lequel l'unité de l'Etat ne peut se maintenir ; mais, dans l'Etat unitaire, l'affirmation d'un idéal commun n'est pas moins nécessaire ; et si cet idéal n'a pas grand'chose à redouter des collectivités locales décentralisées, la menace peut venir, aujourd'hui surtout, des collectivités professionnelles organisées, voire des entreprises personnalisées dont l'idéologie technocratique risque d'être le climat naturel. Le Conseil d'Etat, comme la Cour Suprême, joue ainsi, dans l'ensemble de la Nation, un rôle d'unificateur.

Si donc on admet que l'un des traits essentiels du gouvernement des juges réside dans le pouvoir que ceux-ci s'attribuent de définir et de maintenir une idéologie nationale, et de préserver, en imposant le respect, les assises éthiques de l'unité de l'Etat, on acceptera peut-être, entre la juridiction constitutionnelle américaine et le haut tribunal administratif français, la possibilité d'un rapprochement.

(11) Cons. d'Et. 29 juill. 1950, *Comité de défense des libertés professionnelles des experts-comptables* (Droit social, 1950, p. 391, et notre note).

— II —

L'objection surgit d'elle-même : ce qui fonde l'efficacité de la Cour Suprême, ce qui a permis de parler de son gouvernement, c'est son autorité vis-à-vis de la loi : l'éthique qu'elle a développée en prenant prétexte de la Constitution emprunte sa valeur pratique à la primauté de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire ; la Cour gouverne parce qu'elle peut imposer son éthique au législateur. Or, le Conseil d'Etat est sans pouvoir à l'égard des représentants de la volonté nationale ; il suffit d'un texte de loi pour mettre en échec ses principes généraux. Il peut bien affirmer que ceux-ci ont « valeur législative » : le gouvernement des juges ne commence qu'avec la valeur super-législative de l'éthique des juges. En France, le dernier mot reste à la loi ; le rapprochement ébauché tourne court.

Certes, l'objection est de poids ; elle peut d'ailleurs se prévaloir des termes employés par certains arrêts fidèles aux formules classiques du primat de la loi (12) ; et pourtant, serrant de plus près l'analyse de la jurisprudence, on est conduit à se demander si la conviction qui anime le Conseil d'Etat touchant le caractère fondamental des principes ne se traduit pas, au plan du droit positif, à l'égard de la loi elle-même, dans les cas, tout au moins, où elle s'écarte de ceux auxquels le juge attache un prix particulier. Le juge n'a évidemment pas le pouvoir de mettre directement en échec la volonté du législateur ; peut-être n'est-il pas, pour autant, totalement désarmé devant elle ; peut-être peut-on, sans paradoxe, parler du caractère super-législatif des principes généraux du droit public.

Un point est certain : la lecture des *Etudes et Documents* (Cf. notamment, en 1947, l'Introduction de M. le président Cassin, et l'étude de M. Bouffandeau ; en 1949, outre l'Introduction, les articles de MM. Donnedieu de Vabres et Maspétiol), les conclusions des commissaires du Gouvernement, formulent l'idée que les principes généraux jouissent, dans l'ordre juridique, d'une prééminence naturelle ; M. Donnedieu de Vabres (*op. cit.*, p. 44), au moment même où il rejette tout contrôle de la loi par le juge, les déclare « supérieurs aux lois ». Et cette intime conviction trouve, pour se manifester au plan du droit positif, un certain nombre de moyens.

Il faut tout d'abord réserver la part de l'interprétation ; lorsque le texte législatif l'autorise, ou même, parfois, la tolère, c'est dans ses principes généraux que le Conseil d'Etat va chercher les éléments de sa construction ; il semble exclure *a priori* l'idée qu'une autre éthique ait pu inspirer le texte ; il le réintroduit dans le climat idéologique qui est, à ses yeux, sous-jacent à la vie publique toute entière. L'exemple le plus ancien, et l'un des plus fameux, à ceci

(12) Par exemple : 14 févr. 1945, *Bessan* (*Droit social* 1945, p. 221) : « le principe de la liberté du commerce ne peut faire obstacle à l'exercice normal des pouvoirs de police expressément consacrés par les lois et règlements » ; ou encore 17 avr. 1948, *Azoulay* (*Rec. Cons. d'Et.*, p. 474), qui parle des « libertés fondamentales des citoyens, auxquelles la loi seule peut apporter des restrictions ».

près qu'il met en cause est sans doute dans l'autorité des décrets ouvrant un champ nouveau dans les perspectives encore attaché (13).

Il en est d'autres, plus généralement législatifs.

S'agit-il d'interpréter en matière d'épuration les personnes qui lui sont moins qu'on puisse dire un minimum de garantie n'exclue pas toute possibilité des droits de la défense toutes les garanties que

S'agit-il de déterminer vont se mouvoir des d'Etat que le législateur géants, le procédé de toute l'idéologie démocratique devoirs professionnels illégale : le législateur introduire dans l'Ordre dans la démocratie cl

Mais enfin, quelque il est des cas où le principe, et nulle est le juge, cependant, n'est l'ultime pour affirmer l'affirmation des conseils consiste à entendre la règle générale ; au point de vue sera mesuré aussi être d'après laquelle toute l'attitude fréquemment M. Bouffandeau (*Etudes* de cette pratique (15)

(13) Cons. d'Et. 30 n° (D. H. 1930. 416).

(14) Cf. l'arrêt précité

(15) « Le Conseil d'Etat tuant un régime nouveau comme des mesures apportées, et, dans ce cas, annuler les lois qui n'étaient pas fondées restrictivement les lois éc

près qu'il met en cause un décret-loi et non une loi véritable, en est sans doute dans l'audace avec laquelle le Conseil d'Etat a réintégré d'autorité les décrets-lois du 5 novembre et du 28 décembre 1926, ouvrant un champ nouveau aux activités économiques des communes, dans les perspectives du libéralisme traditionnel auquel il restait encore attaché (13).

Il en est d'autres, plus récents, qui concernent des textes indiscutablement législatifs.

S'agit-il d'interpréter l'art. 2 de l'ordonnance du 6 décembre 1943 en matière d'épuration ? On connaît le texte : « La commission entend les personnes qui lui sont déférées » ; formule concise, et dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle n'accorde aux suspects qu'un minimum de garanties ; mais il suffit au Conseil d'Etat qu'elle n'exclue pas toute possibilité de rattachement au principe du respect des droits de la défense : il va réintroduire au profit des accusés toutes les garanties qu'exige l'éthique traditionnelle.

S'agit-il de déterminer le climat juridique et politique dans lequel vont se mouvoir des Ordres professionnels ? Il suffit au Conseil d'Etat que le législateur ait choisi, pour la désignation de leurs dirigeants, le procédé de l'élection ; il se juge autorisé à leur imposer toute l'idéologie démocratique ; dès lors, la disposition d'un Code des devoirs professionnels interdisant tout droit de libre critique, sera illégale : le législateur n'a pas pu, avec l'élection, ne pas vouloir introduire dans l'Ordre les normes de liberté qui en sont inséparables dans la démocratie classique (14).

Mais enfin, quelque constructives que soient ces interprétations, il est des cas où le procédé s'avère inutilisable ; la loi va contre les principes, et nulle exégèse ne peut voiler cette contradiction. Le juge, cependant, n'estime pas la partie perdue ; il lui reste un moyen ultime pour affirmer la primauté des principes, et maintenir à son affirmation des conséquences au plan du droit positif. Ce moyen consiste à entendre la loi comme une exception, qui laisse intacte la règle générale ; au plan doctrinal, l'autorité du principe est sauvegardée ; au point de vue pratique, le champ d'application de la loi sera mesuré aussi étroitement que possible, en vertu de la maxime d'après laquelle toute exception est d'interprétation stricte. Ce fut l'attitude fréquemment adoptée à l'égard des lois de Vichy, et M. Bouffandeau (*Etudes et Documents*, 1947, p. 23) a fait la théorie de cette pratique (15).

(13) Cons. d'Et. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de Nevers* (D. H. 1930. 416).

(14) Cf. l'arrêt précité du 29 juill. 1950.

(15) « Le Conseil d'Etat pouvait, ou considérer les lois de Vichy comme instituant un régime nouveau dans notre droit public, ou les regarder au contraire comme des mesures apportant des dérogations aux principes demeurés en vigueur, et, dans ce cas, annuler les décisions prises en méconnaissance de ces principes qui n'étaient pas fondées sur une disposition législative expresse, et interpréter restrictivement les lois édictées, en y voyant des mesures d'exception ».

l'efficacité de la Cour
gouvernement, c'est son
développée en prenant
pratique à la primauté
e ; la Cour gouverne
srateur. Or, le Conseil
ntants de la volonté
en échec ses principes
« valeur législative » :
avec la valeur super-
le dernier mot reste
t.

l'ailleurs se prévaloir
aux formules classi-
serrant de plus près
à se demander si la
t le caractère fonda-
n du droit positif, à
t au moins, où elle
k particulier. Le juge
ctement en échec la
ir autant, totalement
paradoxe, parler du
du droit public.

et Documents (Cf.
président Cassin, et
oduction, les articles
les conclusions des
e que les principes
e prééminence natu-
au moment même
les déclare « supé-
uve, pour se mani-
re de moyens.

erprétation ; lorsque
a tolère, c'est dans
ercher les éléments
l'idée qu'une autre
luit dans le climat
vie publique toute
lus fameux, à ceci

1945, p. 221) : « le prin-
l'exercice normal des
èglements » ; ou encore
s « libertés fondamen-
s restrictions ».

Le procédé a survécu, dans certains cas, aux circonstances politiques qui l'avaient suscité. Il arrive même que le juge témoigne, à l'égard de la loi, d'une audace plus grande encore lorsqu'elle heurte de front un principe qu'il juge essentiel. On se souvient de l'étonnant arrêt du 17 février 1950, *Min. de l'Agriculture C. Dame Lamotte* (D. 1950. 282) : en présence d'un texte législatif qui dispose que la mesure visée par lui « ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire », le Conseil d'Etat affirme que cette disposition « n'a pas exclu le recours pour excès de pouvoir... qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité » ; l'interprétation « minimisante » et l'appréciation restrictive sont poussées ici jusqu'au point où elles aboutissent à effacer le texte.

Ce n'est pas seulement, d'ailleurs, devant l'autorité des principes généraux que le juge administratif tend à faire fléchir les commandements du législateur : c'est aussi devant la nécessité. Entre la théorie des circonstances exceptionnelles et la montée des principes généraux, il y a une évidente parenté. Lorsque le juge proclame, au vu des circonstances, la légalité d'une décision administrative manifestement contraire à la règle écrite, il ne fait qu'appliquer un principe général, celui qu'un de ses commissaires du Gouvernement formulait en ces termes : « Des circonstances exceptionnelles de temps et de lieu peuvent rendre légitimes des décisions qui, en période normale, en vertu de la législation normale, ne le seraient pas » (Concl. de M. Letourneur, Cons. d'Et. 16 avr. 1948, *Laugier, Rec. Sirey*, 1948. 3. 36). Mais ici, c'est le contenu même du principe qui tient en échec le primat de la loi. Et comment ne pas rattacher au « gouvernement des juges » les décisions par lesquelles ceux-ci assignent des bornes à la légalité du législateur, se réservant de définir eux-mêmes les éléments de la légalité nouvelle qui régira les pouvoirs élargis de l'Administration ?

— III —

Il serait fâcheux, pour la part de vérité que recèlent peut-être les analyses qui précèdent, d'en forcer les termes. Les tendances que l'on vient de révéler dans la jurisprudence ne sauraient inquiéter ni le législateur, ni le Gouvernement ; ce n'est pas au plan constitutionnel que se situe leur principal intérêt, c'est au plan, plus serein, de la théorie juridique. Ce n'est pas au plan constitutionnel ; pour que s'instaure un gouvernement des juges digne de ce nom, encore faut-il que le juge veuille gouverner, et qu'il en ait les moyens. Or, il est superflu de décerner au Conseil d'Etat un brevet de civisme, et d'affirmer qu'il n'existe en son sein nulle volonté de renverser les pouvoirs établis... D'ailleurs, toute analyse implique un grossissement du phénomène analysé : il faut rétablir les proportions exactes, et replacer la jurisprudence que l'on vient d'évoquer parmi la masse des

arrêts qui ne font qu'ap
faut pas oublier que
reçu application à l'égar
soit d'un pouvoir qui
origine élective.

D'autre part, il n'e
existent la rapidité et l
présent : or, l'action d
consentira pas à s'inté
conservera un caractè
rassurer ceux que pou
plus hardis, lorsqu'ils r
date à laquelle ils int
censures platoniques. I
que si l'Administration
souvent, malgré les eff
de ses décisions.

Au plan politique, i
quences de l'attitude c
va autrement, et les
réviser certaines affir
sources en droit adm
qui pose la question de
les divergences du dro
rôle et nature des pr
voit les incidences de
nales, positivisme ou
tendances jurispruder
des règles fondamenta
essentielle du Droit
sécurité dans l'instab
généralité et sa perr
Mais la loi mouvante,
que nous vivons, la l
suffit plus à créer la
du Droit. Ce sont pou
est de les chercher ail
au règne du détail, a
généraux traduit sans
un effort pour assure
remplit mal, et qui de

L'effort est-il heur
un élément d'incertit
juge ? N'y a-t-il pas p
dans le règne de la l
même bienfaisante ?
moins : dans bien d
Français réside aujo

arrêts qui ne font qu'appliquer fidèlement la règle écrite. Enfin, il ne faut pas oublier que cette jurisprudence, en pratique, a surtout reçu application à l'égard de lois émanant soit d'un pouvoir contesté, soit d'un pouvoir qui ne pouvait se réclamer expressément d'une origine électorale.

D'autre part, il n'est d'action « gouvernementale » que là où existent la rapidité et l'autorité. Gouverner c'est agir dans et sur le présent : or, l'action du Conseil d'Etat, tant que le Parlement ne consentira pas à s'intéresser à la réforme de compétence qui s'impose, conservera un caractère rétrospectif qui suffirait, à lui seul, à rassurer ceux que pourraient surprendre ses audaces. Les arrêts les plus hardis, lorsqu'ils minimisent la portée de lois déjà abrogées à la date à laquelle ils interviennent, ne font plus guère figure que de censures platoniques. Encore ces décisions ne seront-elles exécutées que si l'Administration y consent ; son mauvais vouloir aboutit, trop souvent, malgré les efforts du juge, à minimiser en pratique la portée de ses décisions.

Au plan politique, il serait donc absurde de surestimer les conséquences de l'attitude qu'on vient d'analyser. Au plan doctrinal, il en va autrement, et les perspectives s'ouvrent en foule : invitation à réviser certaines affirmations traditionnelles sur la hiérarchie des sources en droit administratif ; rapprochement avec le droit privé qui pose la question de l'unité des principes du droit français par delà les divergences du droit public et du droit privé ; plus généralement, rôle et nature des principes dans un système juridique, et qui ne voit les incidences de ces problèmes sur les grandes options doctrinales, positivisme ou droit naturel ? De façon plus immédiate, les tendances jurisprudentielles analysées mettent en plein relief l'une des règles fondamentales de tout ordre juridique. Une des fonctions essentielles du Droit est de créer de la sécurité ; or, il n'est pas de sécurité dans l'instabilité. La loi écrite, longtemps, a pu, par sa généralité et sa permanence, assurer cette fonction stabilisatrice. Mais la loi mouvante, la loi particulière, la loi mal faite des années que nous vivons, la loi décevante qui est trop souvent la nôtre, ne suffit plus à créer la stabilité et la certitude que la vie sociale attend du Droit. Ce sont pourtant des biens nécessaires. Le réflexe du juge est de les chercher ailleurs, dans une zone qui échappe à la précarité, au règne du détail, au « déclin du droit » ; le recours aux principes généraux traduit sans doute, avant tout, cette nécessité sociale ; il est un effort pour assurer la relève de la Loi dans une fonction qu'elle remplit mal, et qui doit être remplie.

L'effort est-il heureux ? N'y a-t-il pas, dans les principes généraux, un élément d'incertitude grave, une tentation pour l'arbitraire du juge ? N'y a-t-il pas plus de sécurité, plus de stabilité pour l'individu dans le règne de la loi, même mal faite, que dans l'action du juge, même bienfaisante ? On en peut discuter ; le fait n'en demeure pas moins : dans bien des cas, la suprême garantie de la liberté des Français réside aujourd'hui dans l'attachement de leur juge admi-

nistratif aux principes du libéralisme. « C'est peu », dirait Martin. Mais Pangloss, songeant qu'après tout, la règle est morte, et que l'homme seul lui donne force et vie, répondrait : « C'est beaucoup ».

1974

Le
Gardien
ou gardien

1 — Le juge admin
les organes de ce que
dité, le pouvoir exécuti
Cette vérité premi
« Le juge administratif
De fait, la caractéristi
le définissait, est la
droit fait pour elle, c
Rappeler l'administrati
générale, la rappeler :
élaboré spécialement p
elle-même, pour régir
sont pas si simples ; e
cette ordonnance classi

2 — La première,
(mais quel problème d
la notion même de lég
tratif, écrivait Haurio
mais il faut distinguer
Seulement, ayant affir
permettant de l'appliq
des « lois administrativ
C'est évidemment p
tériser : sont certainen
structures et règlent le
nistratives, collectivité
leurs services, et qui

* *Mélanges offerts à Mar
dence, Paris, 1974, p. 70*

(1) M. Waline, « A pro
jugement d'un procès et
Cf. p. 10, où l'auteur souli
par règles spécifiques du c

(2) Précis de Droit ad